

VU Research Portal

Strafrechtelijk verschoningsrecht voor ongehuwd samenwoners?

Borgers, M.J.; Soyer, M.J.

published in

NJCM-bulletin: Nederlands tijdschrift voor de mensenrechten
2012

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., & Soyer, M. J. (2012). Strafrechtelijk verschoningsrecht voor ongehuwd samenwoners? *NJCM-bulletin: Nederlands tijdschrift voor de mensenrechten*, 37(6), 745-758.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

STRAFRECHTELIJK VERSCHONINGSRECHT VOOR ONGEHUWD SAMENWONERS?

Europees Hof voor de Rechten van de Mens (Grote Kamer) 3 april 2012 (appl. no. 42857/05) (Bratza (Pres.), Costa, Tulkens, Casadevall, Vajić, Spielmann, Birsan, Zupanèh, Fura, Hajiyev, Myjer, Popović, Malinverni, López Guerra, Bianku, Power-Forde, Laffranque)

Van der Heijden t. Nederland

Samenvatting | Mevrouw Van der Heijden woont al achttien jaar samen met haar partner, op het moment dat hij wordt verdacht van moord. Samen hebben zij twee minderjarige kinderen. Van der Heijden is van die moord getuige. Omdat zij met de verdachte geen huwelijk of geregistreerd partnerschap is aangegaan, kan zij naar Nederlands recht niet met succes een beroep doen op het familiaal verschoningsrecht. Van der Heijden wordt bijna twee weken gegijzeld om een getuigenverklaring af te dwingen. Dit levert naar het oordeel van het Hof geen schending op van het recht op *family life* onder artikel 8 EVRM, terwijl ook geen sprake is van ongeoorloofde discriminatie.

Trefwoorden | Strafrechtelijk/familiaal verschoningsrecht, getuigplicht, ongehuwd samenwoners, *family life*, discriminatie.
[art. 8 en 14 EVRM]

Noot | Matthias Borgers & Mike Soyer *

FEITEN¹ EN PROCESVERLOOP

A., de partner van mevrouw Van der Heijden, wordt ervan verdacht dat hij op 9 mei 2004 – tijdens zijn weekendverlof van een gevangenisstraf voor een eerdere poging tot doodslag – in een café te Den Bosch een man heeft doodgeschoten. Er bestaan gegronde aanwijzingen dat mevrouw Van der Heijden voor, tijdens en na dit schietincident in de nabijheid van de verdachte is geweest en dat zij daarom als getuige een waardevolle verklaring kan afleggen. Van der Heijden heeft op dat moment achttien jaar een relatie met de verdachte en woont reeds vijftien jaar met hem samen. Bovendien zijn zij verloofd en hebben zij twee kinderen van respectievelijk dertien jaar en 22 maanden oud. Met betrekking tot beide kinderen heeft de verdachte het vaderschap erkend.

Wanneer Van der Heijden verschijnt op een oproep om te getuigen, weigert zij met een beroep op een familiaal verschoningsrecht een verklaring af te leggen. Artikel 217, derde lid, Sv kent echter wel een verschoningsrecht toe aan de (ex-)echtgenoot of de (ex-)geregistreerde partner van de verdachte, maar niet aan de persoon met wie de verdachte ongehuwd samenleeft. Om die reden en met het oog op de waarheidsvinding vordert de officier van justitie de gijzeling van Van der Heijden. In eerste instantie wordt dit verzoek afgewezen door de rechter-commissaris omdat, hoewel de rechter-commissaris erkent dat Van der Heijden geen wettelijk verschonings-

■ Prof. mr. M.J. Borgers is hoogleraar straf(proces)recht aan de VU Amsterdam. M.J. Soyer LLB heeft recent zijn bachelor rechtsgeleerdheid behaald en was werkzaam als onderzoeksassistent aan de VU Amsterdam.

1 De weergegeven feiten zijn niet alleen ontleend aan de uitspraak van het Hof, maar ook aan het arrest dat de Hoge Raad in deze zaak heeft gewezen. Zie HR 31 mei 2005, NJ 2005, 531 (m.nt. J. de Boer).

recht toekomt, hij oordeelt dat het belang van Van der Heijden om niet van haar vrijheid te worden beroofd, zwaarder weegt dan het belang dat wordt gediend met het afleggen van de verklaring. De officier van justitie komt op tegen de beslissing bij de rechtbank, die de gijzeling van Van der Heijden wel toestaat. De rechtbank oordeelt, in tegenstelling tot de rechter-commissaris, dat het belang van de waarheidsvinding hier zwaarder weegt. Dat Van der Heijden en de verdachte al langdurig samenwonen en twee kinderen hebben, leidt niet tot een ander resultaat, omdat – zo overweegt de rechtbank – dit anders zou neerkomen op het feitelijk toekennen van een verschoningsrecht. Daarmee zou tegen de keuze van de wetgever om ongehuwd samenwonenden geen verschoningsrecht toe te kennen, worden ingegaan.

Op grond van deze beschikking van de rechtbank wordt Van der Heijden op 2 juni 2004 daadwerkelijk van haar vrijheid beroofd. Op 4 juni 2004 beveelt de rechtbank, op de voet van artikel 221, tweede lid, Sv, dat Van der Heijden in gijzeling wordt gehouden. De lengte daarvan wordt op twaalf dagen gesteld, met mogelijkheid tot verlenging. Tot dat laatste komt het niet, want op 15 juni 2004 bepaalt de rechtbank – niettegenstaande het feit dat Van der Heijden dan nog steeds geen verklaring heeft afgelegd – dat de vordering tot verlenging dient te worden afgewezen. Haar persoonlijke belang om te worden vrijgelaten wordt nu wel geacht zwaarder te wegen dan het belang van de waarheidsvinding, mede in het licht van de inbreuk die deze vrijheidsbeneming op artikel 8 EVRM – het recht op *family life* – maakt.

Tegen de beschikking van 4 juni 2004 stelt Van der Heijden achtereenvolgend hoger beroep en cassatieberoep in, zij het zonder succes. De Hoge Raad overweegt in zijn beschikking van 31 mei 2005 onder andere:

‘Het verschoningsrecht als bedoeld in art. 217, aanhef en onder 3°, Sv strekt tot bescherming van het tussen de in dat voorschrift bedoelde partners bestaande ‘family life’ in de zin van art. 8 EVRM. Door dit recht wel aan gehuwde en geregistreerde partners, maar niet aan andere partners toe te kennen, ook niet ingeval die partners, zoals de betrokkene en haar partner, duurzaam samenleven, maakt de wet onderscheid tussen de hier bedoelde verschillende vormen van samenleven. Zo al kan worden gesproken van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen, bestaat voor die ongelijke behandeling een redelijke en objectieve rechtvaardiging, in aanmerking genomen dat de toekenning van een verschoningsrecht aan gehuwde en geregistreerde partners een uitzondering is op de wettelijke plicht om getuigenis af te leggen en deze het belang van de waarheidsvinding doet wijken voor de belangen van de bedoelde relaties, terwijl met de wettelijke regeling aan de uitzondering een duidelijke en werkbare begrenzing is gegeven, waarmee de rechtszekerheid is gediend.’²

Van der Heijden dient vervolgens een klacht in bij het EHRM wegens schending van artikel 8 EVRM en artikel 14 EVRM. De *Grand Chamber* van het EHRM stelt met tien tegen zeven stemmen vast dat beide verdragsbepalingen niet zijn geschonden.³ Costa laat in zijn *concurring opinion*, die wordt bijgevalen door Hajiyev en Malinveri, duidelijk blijken dat hij zich ‘with great hesitation’ bij de meerderheid heeft gevoegd, vooral omdat hij de vrijheidsberoving van dertien dagen een zeer (zo niet: te) ingrijpende reactie op het niet willen verklaren acht. Het had kennelijk niet veel gescheeld of er was wel een meerderheid geweest voor het aannemen van een schending van artikel 8 EVRM.

2 HR 31 mei 2005, NJ 2005, 531 (m.nt. J. de Boer), r.o. 4.7.

3 Bij de uitspraak zijn gevoegd de *joint dissenting opinion* van Tulkens, Vajia, Spielmann, Zupanèè en Laffranque en de *joint dissenting opinion* van Casadevall en López Guerra.

UITSPRAAK

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

38. The applicant complained that she had been the victim of a lack of respect for her “family life” in that an attempt had been made to compel her to give evidence against Mr A, with whom she was in a stable family relationship. (...)

B. The Court’s assessment

1. Interference with the applicant’s rights under Article 8

50. The Court reiterates that the notion of “family life” in Article 8 is not confined solely to families based on marriage and may encompass other *de facto* relationships (see, among many other authorities, *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 31, Series A no. 31; *Keegan v. Ireland*, 26 May 1994, § 44, Series A no. 290; *Kroon and Others v. the Netherlands*, 27 October 1994, § 30, Series A no. 297-C; *X, Y and Z v. the United Kingdom*, 22 April 1997, § 36, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-II; and *Emonet and Others v. Switzerland*, no. 39051/03, § 34, ECHR 2007-XIV). When deciding whether a relationship can be said to amount to “family life”, a number of factors may be relevant, including whether the couple live together, the length of their relationship and whether they have demonstrated their commitment to each other by having children together or by any other means.

51. The applicant’s relationship with Mr A. had lasted eighteen years by the time of the events complained of; they had lived together for much of this time, at least until 1998 when Mr A. went to prison on grounds unrelated to the present case. Two children were born to them, both recognised by Mr A. The Court therefore finds that “family life” existed between the applicant and Mr A. This is not disputed by the respondent Government.

52. The Court finds that, even though the obligation imposed on the applicant to give evidence was a “civic duty” as submitted by the Government, the attempt to compel the applicant to give evidence in the criminal proceedings against Mr A. constitutes an “interference” with her right to respect for her family life.

2. “In accordance with the law”

53. All agree that the interference was “in accordance with the law” in that it was provided for by Article 221 of the Code of Criminal Procedure.

3. “Legitimate aim”

54. It is not contested that the interference pursued a “legitimate aim” – namely the protection of society by *inter alia* “the prevention of crime”, that concept encompassing the securing of evidence for the purpose of detecting and prosecuting crime (see *Société Colas Est and Others v. France*, no. 37971/97, § 44, ECHR 2002-III; see also *K. v. Austria*, no. 16002/90, Commission’s report of 13 October 1992, § 47, Series A no. 255-B).

4. “Necessary in a democratic society”

55. At the outset, the Court reiterates the fundamentally subsidiary role of the Convention system and recognises that the national authorities have direct democratic legitimation in so far as the protection of human rights is concerned (see *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 36022/97, § 97, ECHR 2003-VIII). Moreover, by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, they are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions (see,

mutatis mutandis, *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, § 48, Series A no. 24; *Müller and Others v. Switzerland*, 24 May 1988, § 35, Series A no. 133; *Wingrove v. the United Kingdom*, 25 November 1996, § 58, Reports 1996-V; *Fretté v. France*, no. 36515/97, § 41, ECHR 2002-I; and *A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, § 223, ECHR 2010-...).

56. It is therefore primarily the responsibility of the national authorities to make the initial assessment as to where the fair balance lies in assessing the need for an interference in the public interest with individuals' rights under Article 8 of the Convention. Accordingly, in adopting legislation intended to strike a balance between competing interests, States must in principle be allowed to determine the means which they consider to be best suited to achieving the aim of reconciling those interests (see *Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, § 49, ECHR 2003-III).

57. While it is for the national legislature to make the initial assessment, the final evaluation as to whether an interference in a particular case is "necessary", as that term is to be understood within the meaning of Article 8 of the Convention, remains subject to review by the Court (see *S. and Marper v. the United Kingdom* [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, § 101, 4 December 2008).

58. A certain margin of appreciation is, in principle, afforded to domestic authorities as regards that assessment; its breadth depends on a number of factors dictated by the particular case (see, among other authorities, *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 77, ECHR 2007-XIII, and *A, B and C v. Ireland* [GC], cited above, § 232).

59. The margin will tend to be relatively narrow where the right at stake is crucial to the individual's effective enjoyment of intimate or key rights (see *S. and Marper*, cited above, § 102). Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted (see, among other authorities, *Dickson*, cited above, § 78; *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007-IV; *S. and Marper*, cited above, *ibid.*; and *A, B and C v. Ireland*, cited above, *ibid.*).

60. Where there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider (see, among other authorities, *Evans*, cited above, § 77; *Dickson*, cited above, § 78; and *A, B and C v. Ireland*, cited above, *ibid.*).

61. Turning to the case in hand, the Court first observes the wide variety of practices among Council of Europe member States relating to the compellability of witnesses (see paragraphs 31-36 above). Although the lack of common ground is not in itself decisive, it militates in favour of a wide margin of appreciation in this matter.

62. The Court recognises that there are, in fact, two competing public interests at issue in this case. The first is the public interest in the prosecution of serious crime. The second is the public interest in the protection of family life from State interference. Both interests are important, having regard to the common good. In balancing those competing interests the respondent Government have considered that the public interest in the protection of family life weighed heavier in the scales than the public interest in criminal prosecution, but they have set limits on the scope of the "family life" that attracts statutory protection. They have done so by requiring formal recognition of the "protected" family relationship before permitting the "testimonial privilege" exception to arise. This formal recognition can be obtained either through marriage or by way of registration of the relationship. The public interest in the prosecution of crime involves, of necessity, putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person, backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions (see, among other authorities, *Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, § 115, Reports 1998-VIII; more recently, *Branko Tomašić and Others v. Croatia*, no. 46598/06, § 49, ECHR 2009-... (extracts); *Opuz v. Turkey*, no. 33401/02, § 128, ECHR 2009-...; and *Rantsev v. Cyprus and Russia*, no. 25965/04, § 218, ECHR 2010-... (extracts)). It should be added that the duty of High Contracting Parties to deter or punish crime extends to other Convention provisions involving the active protection of individuals' rights against harm caused by others: in fact, the Court first formulated such a duty in finding a violation of Article 8 of the Convention (see *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, § 27, Series A no. 91).

63. The corollary of the duty incumbent on the High Contracting Party is that for individuals it is a “normal civic duty” to give evidence in criminal proceedings. Indeed, the Court has so stated in *Voskuil v. the Netherlands* (no. 64752/01, § 86, 22 November 2007).

64. Exceptions to this civic duty have been recognised in the case-law of the Court. Thus, the suspect himself or herself enjoys the privilege against self-incrimination. This privilege, recognised in principle by the Commission under Article 10 of the Convention (see the Commission’s report in the case of *K. v. Austria*, cited above, § 45), has been identified by the Court as lying at the heart of the rights which the defence enjoys under Article 6 (see *John Murray v. the United Kingdom*, 8 February 1996, § 45, *Reports* 1996-I; and *Saunders v. the United Kingdom*, 17 December 1996, § 68, *Reports* 1996-VI; more recently, *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, § 97, ECHR 2006-IX, and *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, § 168, ECHR 2010-...). Journalists, too, may derive from Article 10 of the Convention the right to decline to give evidence in certain circumstances in so far as they have a legitimate need to conceal the identity of their informants (see *Goodwin v. the United Kingdom*, 27 March 1996, § 45, *Reports* 1996-II; see also the case-law overview given in *Sanoma Uitgevers B.V. v. the Netherlands* [GC], no. 38224/03, §§ 59-63, 14 September 2004).

65. The central question which the Court must consider is whether by prescribing in its legislation a limited category, from which the applicant was excluded, of persons who were exempted from the otherwise standard obligation to give evidence in a criminal trial, the respondent Party violated the applicant’s rights under Article 8. In this regard, the Court notes that the Netherlands is among the many Council of Europe member States that have elected to create a statutory testimonial privilege for certain categories of witnesses. This has been done in a “clear and workable manner”, as the Supreme Court indicated (see paragraph 21 above), by delimiting specific categories of persons including, among others, the spouse and any former spouse of the suspect and any person who is, or has been, in a registered partnership with the suspect. Such witnesses are relieved of the moral dilemma of having to choose between giving truthful evidence and thereby, possibly, jeopardising their relationship with the suspect or giving unreliable evidence, or even perjuring themselves, in order to protect that relationship.

66. It is the position of the applicant that she was entitled to the same privilege in relation to Mr A. by virtue of her family life with him, which was to all intents and purposes identical to marriage or a registered partnership except that it had never been formalised.

67. The Court would point out that any right not to give evidence constitutes an exemption from a normal civic duty acknowledged to be in the public interest. It must accordingly be accepted that such a right, where recognised, may be made subject to conditions and formalities, with the categories of its beneficiaries clearly set out.

68. In so far as the domestic law of the respondent Party grants an exemption from the duty to give evidence based on family life, it is limited to close relatives, spouses, former spouses, registered partners and former registered partners of suspects (Article 217 of the Code of Criminal Procedure; see paragraph 24 above). This has the effect of restricting the exercise of the said exemption to individuals whose ties with the suspect can be verified objectively.

69. The Court does not accept the applicant’s suggestion that her relationship with Mr A., being in societal terms equal to a marriage or a registered partnership, should attract the same legal consequences as such formalised unions. States are entitled to set boundaries to the scope of testimonial privilege and to draw the line at marriage or registered partnerships. The legislature is entitled to confer a special status on marriage or registration and not to confer it on other *de facto* types of cohabitation. Marriage confers a special status on those who enter into it; the right to marry is protected by Article 12 of the Convention and gives rise to social, personal and legal consequences (see, *mutatis mutandis*, *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, § 63, ECHR 2008-...; and *berife Yiđit v. Turkey* [GC], no. 3976/05, § 72, ECHR 2010-...). Likewise, the legal consequences of a registered partnership set it apart from other forms of cohabitation. Rather than the length or the supportive nature of the relationship, what is determinative is the existence of a public undertaking, carrying with it a body of rights and obligations of a contractual nature. The absence of such a legally binding agreement between the applicant and Mr A. renders their relationship, however defined, fundamentally different from that of a married couple or a couple in a registered partnership (see *Burden*, cited above, § 65). The Court would add that, were it to hold otherwise, it would create a need

either to assess the nature of unregistered non-marital relationships in a multitude of individual cases or to define the conditions for assimilating to a formalised union a relationship characterised precisely by the absence of formality.

70. It has not been suggested that the applicant was unaware of the fact that Article 217 of the Code of Criminal Procedure reserved testimonial privilege to witnesses bound to the suspect by marriage or registered partnership; nor indeed would it seem likely that such was the case, given the length and nature of her relationship with Mr A. (see, *mutatis mutandis*, *Perife Yiđit*, cited above, §§ 84-86, ECHR 2010-...).

71. The Netherlands legislature chose to regulate the question of the compellability of witnesses by providing that persons in the applicant's position who wished to avail themselves of testimonial privilege had to have registered their relationship, formally, or to be legally married.

72. There is no suggestion that the applicant and Mr A. were prevented for some reason from contracting marriage. For that matter, the Court has held that the public interest in retaining a suspect's prospective spouse as a compellable witness was not of itself sufficient to override the right to marry, guaranteed by Article 12 of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Frasik v. Poland*, no. 22933/02, §§ 95-96, ECHR 2010-... (extracts)).

73. Nor is it apparent that there was anything to prevent the applicant and Mr A. from entering into a registered partnership. For the purposes of Article 217 of the Code of Criminal Procedure, such an arrangement would have had the same legal consequences as a marriage. Moreover, they could have dissolved such a union at will, without incurring the cost and inconvenience of divorce proceedings (see paragraph 28 above).

74. Admittedly, some Contracting Parties, including the respondent, treat a variety of arrangements agreed between private individuals within both marriage and marriage-like relationships in equal manner for other purposes, including social security (see, as an example concerning the same Contracting Party, *Goudswaard-van der Lans v. the Netherlands* (dec.), no. 75255/01, ECHR 2005-XI) and taxation (see, again as an example concerning the same Contracting Party and *mutatis mutandis*, *Feteris-Geerards v. the Netherlands*, no. 21663/93, Commission decision of 13 October 1993). These, however, are issues governed by different considerations which are not germane to the present case and which have nothing to do with the important public interest in the prosecution of serious crime.

75. As to the applicant's suggestion that the availability of other evidence sufficient to ground the conviction of Mr A. meant that her evidence was unnecessary in the first place, the Court reiterates that the question whether there is a need to take evidence from a particular witness is in principle one for the domestic courts to decide. It has frequently held as such under Article 6 § 3 (d) of the Convention (see, among many other authorities, *Engel and Others v. The Netherlands*, 8 June 1976, § 91 Series A no. 22; *Bricmont v. Belgium*, 7 July 1989, § 89, Series A no. 158; *Asch v. Austria*, 26 April 1991, § 25, Series A no. 203; *Vidal v. Belgium*, 22 April 1992, § 33, Series A no. 235-B; *Doorson v. the Netherlands*, 26 March 1996, § 67, Reports 1996-II; *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, 23 April 1997, § 50, Reports 1997-III; and *Perna v. Italy* [GC], no. 48898/99, § 29, ECHR 2003-V). The same applies when the witness is called by the prosecution, not the defence.

76. It is recognised that the interests of witnesses are, in principle, protected by substantive provisions of the Convention, Article 8 among them; this implies that Contracting States should organise their criminal proceedings in such a way that those interests are not unjustifiably imperilled (see, among other authorities, *Doorson*, cited above, 26 March 1996, § 70; *Van Mechelen*, cited above, § 53; and *Marcello Viola v. Italy*, no. 45106/04, § 51, ECHR 2006-XI (extracts)). However, it follows from the reasoning set out above that those interests in the instant case were not unjustifiably imperilled. The applicant has chosen not to register, formally, her union and no criticism can be made of her in this regard. However, having made that choice she must accept the legal consequence that flows therefrom, namely that she has maintained herself outside the scope of the "protected" family relationship to which the "testimonial privilege" exception attaches. That being so, the Court does not consider that the alleged interference with her family life was so burdensome or disproportionate as to imperil her interests unjustifiably.

77. Finally, the Court observes that the applicant was detained for thirteen days. However, it must be noted that this measure was imposed upon her for failing to comply with a judicial order – in this case an order to give testimony in a criminal case concerning murder. The Court accepts that any measure which involves

the detention of a person is a serious one. However, in the circumstances of this case, it is satisfied that the domestic legal provisions governing the making of a detention order contain sufficient safeguards, which include (i) a relatively short duration of validity (24 hours) during which time the investigating judge is obliged to notify the Regional Court of the making of the detention order; and (ii) a further short period of time (48 hours) within which the Regional Court must decide to release the witness or extend the detention order (see paragraph 26 above). While a witness cannot appeal against that decision, he or she may apply to the Regional Court to order his or her release and may also appeal against any refusal to grant such an application. The Court is of the view that the deprivation of liberty to which the applicant was subjected did not constitute, in the circumstances of the present case, a disproportionate interference with her rights under Article 8 of the Convention.

78. It follows that there has been no violation of that provision.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION TAKEN TOGETHER WITH ARTICLE 8

79. The applicant further complained that she had been a victim of discriminatory treatment in breach of Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8. (...)

B. The Court's assessment

84. The essence of the applicant's complaint under this head is that given her stable and lasting family relationship with Mr A. she ought to have enjoyed the same testimonial privilege as if she had been in a formal union. The Court has already considered the essence of this submission under the head of Article 8 taken alone. Consequently, there is no need to consider it under Article 14 in conjunction with Article 8.'

NOOT

1. Verklaringen van getuigen zijn veelal cruciaal, zowel in het opsporingsonderzoek als voor de bewijsvoering in strafzaken. Daarom geldt – niet alleen in Nederland, maar in veel landen – dat burgers de plicht hebben om een verklaring af te leggen wanneer zij getuige zijn geweest van, of anderszins informatie kunnen verschaffen over een strafbaar feit. Wanneer de getuige weigert om een verklaring af te leggen, is het veelal mogelijk om de persoon tot het afleggen van een verklaring te dwingen. Het Nederlandse strafprocesrecht kent daartoe als meest ingrijpende middel de gijzeling van artikel 221 Sv. Alleen al de mogelijkheid – of beter gezegd: de dreiging – dat er tot gijzeling wordt overgegaan, kan getuigen ertoe bewegen om (alsnog) een verklaring af te leggen.

Het onverkort handhaven van de getuigplicht kan onder omstandigheden onrechtvaardig uitpakken. Dat geldt onder andere wanneer de liefde en de bloedband in het spel zijn. Personen die een liefdesrelatie hebben met een verdachte van een misdrijf kunnen voor moeilijke keuzes komen te staan als zij tevens getuige zijn geweest van datzelfde misdrijf. Zet je dan de relatie met wellicht de liefde van je leven op het spel? Wanneer er uit die relatie kinderen zijn voortgekomen, is het dilemma nog klemmender. Het op het spel zetten van de relatie met de partner raakt immers ook het welzijn van de kinderen. Het is bepaald niet onvoorstelbaar dat er dan wordt gekozen om – onder ede en dus met alle risico's van dien – met een leugen te maskeren dat de partner betrokken is bij een strafbaar feit. De waarheid spreken met alle repercussies

van dien voor relatie en kinderen óf meened plegen: dat is, scherp geformuleerd, het morele dilemma waarmee de getuige in deze situatie wordt geconfronteerd.⁴

In veel landen bestaan – zo blijkt ook uit het rechtsvergelijkende overzicht dat het Hof geeft – tot op zekere hoogte uitzonderingen op de getuigplicht in verband met (familie)relaties. In Nederland is de uitzondering neergelegd in artikel 217, derde lid, Sv. Aan partners die gehuwd of geregistreerd zijn, of zijn geweest, komt een verschoningsrecht toe, evenals overigens aan bloed- en aanverwanten in de rechte lijn dan wel in de zijlijn tot de derde graad. Gehuwden en geregistreerde partners – om het daar voor dit moment bij te houden – kunnen zich daarmee onttrekken aan het geschetste morele dilemma en behoeven, wanneer zij dat willen, niet tegen hun partner te getuigen. In deze gevallen wordt de bescherming van het familieleven van betrokkenen als een zwaarder wegend belang beschouwd dan het belang van waarheidsvinding. Aan andere, niet-geformaliseerde relaties wordt deze bescherming echter niet toegekend. De wetgever heeft hier een duidelijke grens willen markeren. Daarom is de gelijkschakeling van ongehuwd samenwonenden met gehuwden en geregistreerde partners, die op bepaalde andere terreinen wel heeft plaatsgevonden, niet doorgetrokken naar artikel 217, derde lid, Sv. Uitvoerige beschouwingen heeft de wetgever daar overigens niet aan gewijd. Bij de invoering van het geregistreerd partnerschap is evenwel alleen de (ex-)geregistreerd partner toegevoegd aan artikel 217, derde lid, Sv. Dat wijst op een heldere keuze om de ongehuwd samenwonende niet te betrekken in de regeling van het familiaal verschoningsrecht.⁵

2. Zo kon het dus gebeuren dat Van der Heijden, ondanks een relatie van achttien jaar – waarvan vijftien jaar samenwonend – en de aanwezigheid van twee gezamenlijke jonge kinderen, is gegijzeld om zo een getuigenis tegen haar partner af te dwingen. Is dat een schending van haar recht op *family life*? En wordt Van der Heijden op deze wijze niet (ongerechtvaardigd) gediscrimineerd ten opzichte van gehuwden en geregistreerde partners? Het Hof beantwoordt beide vragen ontkennend. Met betrekking tot artikel 8 EVRM stelt het Hof vast dat er, gelet op de duur van de relatie, het samenwonen en de kinderen, zonder meer sprake is van *family life*. Maar hoewel door de getuigplicht tevens inbreuk is gemaakt op het recht op familieleven, is van een schending geen sprake. Ter onderbouwing van die vaststelling zet het Hof allereerst uitvoerig uiteen dat de lidstaten over een ruime *margin of appreciation* beschikken, omdat er in de bij het EVRM aangesloten staten geen consensus bestaat over hoe er met het onderhavige morele dilemma dient te worden omgegaan. Uit het rechtsvergelijkende overzicht dat het Hof geeft, blijkt inderdaad dat er nogal wat verschillen bestaan. Zo kennen Frankrijk en Luxemburg geheel geen familiaal verschoningsrecht toe, zelfs niet aan gehuwden. Maar in het oog springt ook dat in 23 lidstaten een verschoningsrecht wordt toegekend aan ongehuwd samenwoners, met dien verstande dat in negentien van die lidstaten daarvoor dan wel ‘the existence of a bond similar to marriage’ moet komen vast te staan. Het is dus ook weer niet uitzonderlijk om het verschoningsrecht – tot op zekere hoogte – toe te kennen aan personen die hun relatie niet hebben geformaliseerd.

Vervolgens neemt het Hof tot uitgangspunt dat het hier in de kern gaat om een afweging tussen enerzijds het (publieke) belang om ernstige misdrijven te vervolgen en anderzijds het (publieke) belang van de bescherming van *family life*. In de Nederlandse regeling valt de afweging

⁴ Dit dilemma wordt in beide *joint dissenting opinions* nadrukkelijk genoemd.

⁵ Vgl. *Kamerstukken II 1996/97*, 25 407, nr. 3, p. 3.

in principe uit ten gunste van *family life*, maar er geldt daarbij wel een nauw in de wet omschreven begrenzing. Het Hof draagt een aantal redenen aan waarom het hanteren van een dergelijke limitatief geformuleerde uitzonderingscategorie geen schending van artikel 8 EVRM oplevert. Vooral de *civic duty* om bewijs te leveren in strafzaken wordt benadrukt. Zoals het Hof in eerdere rechtspraak al overwoog, is deze burgerplicht een belangrijk uitgangspunt in een democratische rechtsstaat.⁶ Uitzonderingen op die plicht mogen dan ook afhankelijk worden gemaakt van formaliteiten en voorwaarden. Hoewel het Hof niet lijkt te willen ontkennen dat de relatie van Van der Heijden in maatschappelijke termen niet gelijkwaardig zou zijn aan een huwelijk of geregistreerd partnerschap, betekent dat niet dat het verschoningsrecht ook aan samenwonenden zou moeten worden toegekend. De lidstaten mogen een bijzondere status met bijbehorende rechten en verplichtingen toekennen aan het huwelijk en het geregistreerd partnerschap. Het gaat volgens het Hof niet om 'the length or the supportive nature of the relation', maar om 'the existence of a public undertaking, carrying with it a body of rights and obligations of a contractual nature'.⁷ De aard van de relatie van Van der Heijden is vanwege 'the absence of such a legally binding agreement' fundamenteel anders dan een huwelijk of geregistreerd partnerschap. Dat fundamentele verschil lijkt vooral vanuit een praktisch gezichtspunt te moeten worden begrepen. Want, zo vervolgt het Hof, indien samenwonen wel zou moeten leiden tot het toekennen van een verschoningsrecht, zou dat tot gevolg hebben dat telkens de aard van de niet-formele relatie in een individuele zaak zou moeten worden vastgesteld. Het Hof acht daarentegen, in het voetspoor van de Hoge Raad, toelaatbaar dat de wetgever daarom voor een 'duidelijke en werkbare begrenzing' kiest. Het wijst er daarbij op dat er voor Van der Heijden geen belemmering bestond om een huwelijk of geregistreerd partnerschap aan te gaan. Dit terwijl het volgens het Hof onwaarschijnlijk lijkt te zijn dat Van der Heijden niet op de hoogte was dat het verschoningsrecht beperkt was tot het huwelijk en het geregistreerd partnerschap.

Na aldus duidelijk te hebben gemaakt dat van een inbreuk op artikel 8 EVRM geen sprake is, veegt het Hof nog enkele tegenargumenten van tafel. Zo wordt er geen (doorslaggevend) belang toegekend aan het argument dat ongehuwd samenlevers in Nederland in andere situaties wel op gelijke voet behandeld worden met gehuwden en geregistreerd partners, zoals ten aanzien van belastingen en de sociale zekerheid. Het Hof geeft zonder duidelijke toelichting aan dat daaraan andere overwegingen ten grondslag liggen ('different considerations which are not germane to the present case'), terwijl in die gevallen niet het belang van het vervolgen van ernstige misdrijven aan de orde is. Ook het feit dat er los van de verklaring van Van der Heijden voldoende ander bewijs was voor een veroordeling van haar partner, levert niet een toereikende grond op om toch een schending aan te nemen. Het Hof wil – en dat is vaste rechtspraak – niet treden in de beoordeling van het bewijs in een concrete zaak.⁸ Tot slot wordt de toegepaste

6 EHRM 22 november 2007, appl.no. 64752/01 (Voskuil/Nederland), r.o. 86: 'the duty to give evidence in criminal proceedings is ordinarily a normal civic duty in a democratic society governed by the rule of law.'

7 Zie in deze zin ook EHRM 20 januari 2009, appl.no. 3976/05 (Yigit/Turkije), r.o. 29: 'Irrespective of the applicant's arguments, the decisive factor is not the length or mutually supportive nature of the relationship, but the existence of an undertaking carrying with it a body of rights and obligations of a contractual nature. In the absence of a binding legal agreement, it is not unreasonable for the Turkish legislature to afford protection solely to civil marriages.'

8 Zie in het bijzonder EHRM 12 juli 1988, appl.no. 10862/84 (Schenk/Zwitserland), r.o. 47. Echter, deze rechtspraak ziet primair op artikel 6 EVRM. In een geval als dat van Van der Heijden kan het afleggen en vervolgens bezigen

gijzeling niet disproportioneel geacht, gelet op de betrekkelijk korte duur en de adequate rechterlijke controle.

3. Duidelijk is dat het eindoordeel van het Hof niet vanzelfsprekend is geweest. Dat blijkt niet alleen uit de stemverdeling (tien tegen zeven) en de stevige (*joint dissenting opinions*). Ook de argumentatie van het Hof is, althans in onze ogen, niet op alle onderdelen even stevig. Dat geldt in het bijzonder met betrekking tot de argumenten die het Hof aandraagt om het onderscheid tussen geformaliseerde en niet-geformaliseerde relaties te rechtvaardigen. Het argument dat de lidstaten een geprivilegieerde status met daarbij behorende rechten mogen verbinden aan geformaliseerde relaties, heeft iets weg van een cirkelredenering. Op de keper beschouwd wordt de vraag 'waarom wordt het recht op *family life* in sterkere mate beschermd binnen geformaliseerde relaties dan binnen niet-geformaliseerde relaties?' beantwoord met 'omdat het gaat om geformaliseerde relaties'. Daarmee is echter nog niet ingegaan op de vraag waarom de *inhoudelijk* relevante afweging – het belang van bescherming van het recht op *family life* versus het belang van waarheidsvinding en strafvervolgning – anders uitvalt. Het komt ons voor dat daar niet eenvoudig sterke argumenten voor kunnen worden aangedragen. De familieband van een langdurig samenwonend stel met meerdere jonge kinderen zal niet minder sterk zijn, maar waarschijnlijk juist sterker, dan dat van een koppel dat recent een geregistreerd partnerschap is aangegaan en geen kinderen heeft. Het vrije keuze-argument – Van der Heijden had haar relatie *kunnen* laten formaliseren – is in onze ogen ook niet sterk. Hetgeen dat bescherming verdient – *family life* – gaat immers aan de formele registratie van de relatie vooraf. Bovendien roept het vrije keuze-argument de vraag op of het Hof daarmee in zekere zin niet erkent dat sprake is van discriminatie. Dat er eenvoudig had kunnen worden gekozen voor formalisering van de relatie, geeft aan hoe marginaal het verschil is tussen geformaliseerde en niet-geformaliseerde relaties.⁹

Een andere reden om te twijfelen aan de door het Hof gehanteerde redeneerwijze is dat het gewicht van het belang van waarheidsvinding en strafvervolgning niet afhankelijk is van het soort relatie dat de getuige met de verdachte heeft. Een moord blijft een moord, een belangrijke getuige blijft een belangrijke getuige, en in beide gevallen zijn er uiteraard ook nabestaanden die verlangen dat een passende reactie volgt op een ernstig misdrijf. Als Van der Heijden haar relatie wel had geformaliseerd, was de strafvervolgning van haar partner niet minder belangrijk geweest. De argumentatie van het Hof lijkt echter zo te moeten worden begrepen dat de mogelijkheid van een effectieve strafvervolgning niet al te zeer moet worden belemmerd door discussies omtrent de mate van *family life* in het concrete geval. Het Hof hecht, evenals de Hoge Raad en de Nederlandse wetgever, veel waarde aan 'een duidelijke en werkbare begrenzing' van uitzonderingen op de getuigplicht. De hoofdzakelijke gedachte lijkt te zijn dat als in ieder afzonderlijk geval steeds opnieuw dient te worden afgewogen of de ongehuwd samenleving in een juridische procedure recht heeft op een verschoningsrecht, dit tot rechtsonzekerheid zou leiden en afbreuk

van de verklaring niet los worden gezien van het recht op *family life* en het recht om gevrijwaard te blijven van discriminatie.

9 Zie ook de *joint dissenting opinion* van Tulkens, Vajiac, Spielmann, Zupanè en Laffranque, waarin wordt gesteld dat het vrije keuze-argument 'presupposes and implicitly but undoubtedly acknowledges a violation of Article 14 of the Convention in conjunction of Article 8. Moreover, it runs counter to the Convention's dominant philosophy to the effect that the rights is guaranteed are not conditional.'

zou doen aan de effectiviteit van het strafproces. Om die reden is een *bright line rule* – ‘alleen in geval van geformaliseerde relaties een verschoningsrecht’ – verkozen boven een zogeheten *balancing test*. Hoezeer er ook voor moet worden gewaakt dat de bescherming van mensenrechten afhankelijk wordt gesteld van allerlei formaliteiten, zonder belang is deze rechtszekerheidsgedachte zeker niet. Echter, de kracht ervan als rechtvaardiging voor het maken van een ongelijke behandeling van geformaliseerde en niet-geformaliseerde relaties hangt af van de mate waarin de vervolgingspraktijk in een concrete lidstaat daadwerkelijk wordt of dreigt te worden verstoord als ongehuwd samenlevers onder omstandigheden toegelaten zouden worden tot een verschoningsrecht. Is het hanteren van een *bright line rule* – in het licht van het belang van rechtszekerheid en de eisen van een behoorlijke (straf)rechtspleging – wel noodzakelijk? Dat zal verschillen per lidstaat. In sommige landen, zoals Nederland, zijn er duidelijke en efficiënte registratiesystemen waaruit snel en betrouwbaar kan worden afgeleid hoe lang een stel bijvoorbeeld samenwoont en of zij gezamenlijk kinderen hebben. Op gebieden als sociale zekerheid en belastingen worden ongehuwd samenlevers al op gelijke voet behandeld als gehuwden en geregistreerde partners. Dat lijkt geen noemenswaardige problemen op te leveren waar het gaat om de vaststelling dat van een niet-geformaliseerde relatie sprake is. In andere landen zal dat naar alle waarschijnlijkheid echter veel minder goed georganiseerd zijn.

Tegen deze achtergrond is de slotsom waar het Hof toe komt, niet onbegrijpelijk, ook al valt op de argumentatie het één en ander af te dingen. Wanneer het Hof in deze zaak namelijk wel een schending had aangenomen, was dit niet zonder gevolgen gebleven. Niet alleen zou het in bepaalde lidstaten dus *wel* tot een verstoring van de rechtszekerheid en de effectiviteit van het strafproces hebben kunnen leiden, ook zouden meer conservatieve lidstaten die nu slechts aan gehuwden een verschoningsrecht toekennen min of meer verplicht worden om ongehuwd samenlevers onder omstandigheden ook toe te laten tot een (feitelijk) verschoningsrecht. De *margin of appreciation* lijkt voor het Hof uiteindelijk een goede uitweg te zijn geweest om deze consequenties te vermijden.

4. Het recht op *family life* geeft ongehuwd samenlevers volgens het Hof dus in de context van het verschoningsrecht geen recht op gelijkschakeling met geformaliseerde relaties. Voordat wij onder punt vijf in gaan op de toekomst van de Nederlandse regeling, verdient de vraag aandacht wat thans (nog wel) de betekenis is van het recht op *family life* voor ongehuwd samenlevers, wanneer het gaat om het afdwingen van de getuigplicht. Het Hof neemt in deze zaak aan dat artikel 8 EVRM niet is geschonden en dat om die reden de klacht over schending van artikel 14 EVRM (in samenhang met artikel 8 EVRM) niet afzonderlijk behoeft te worden onderzocht. Dat heeft er mee van doen dat in het kader van het onderzoek naar een mogelijke schending van artikel 8 EVRM reeds is vastgesteld dat het maken van een onderscheid tussen geformaliseerde en niet-geformaliseerde relaties is toegestaan. In feite spitsen de argumentatie en de beslissing van het Hof zich dan ook hoofdzakelijk toe op het discriminatievraagstuk. Dat betekent evenwel niet dat, ook los van dit vraagstuk, de betekenis van het recht op *family life* voor de positie van ongehuwd samenwonenden in het geheel niet meer van belang zou zijn. In het licht van overweging 77 (inzake de duur van de gijzeling) en ook de (*joint*) *concurring opinion* van Costa is het niet gewaagd om aan te nemen dat onder omstandigheden het recht op *family life* een rem kan zetten op de wijze waarmee een verklaring wordt afgedwongen. Of de getuigplicht in een concreet geval een schending oplevert van het recht op familieleven, zal daarbij afhangen van de omstandigheden van het geval. Daarbij kan dan worden gedacht aan de indringendheid van

het middel waarmee de getuigenis wordt afgedwongen, het belang dat de nationale instanties hechten aan de getuigenis in de concrete strafzaak, de ernst van het misdrijf, de lengte van de relatie en de aanwezigheid van kinderen.

Uit deze zaak kan men afleiden dat het Hof bereid is bij de afweging van die omstandigheden de benodigde ruimte aan de lidstaten toe te kennen, maar – en dat moet niet uit het oog worden verloren – het was in deze zaak een *close call*. De drie *concurring judges* die nodig waren voor de meerderheid (van tien tegen zeven stemmen), stellen slechts ‘with great hesitation’ en ‘with considerable reluctance’ met de meerderheid te hebben meegestemd.¹⁰ Daarbij laten zij doorschijnen dat het bij een langere vrijheidsbeneming – dan de dertien dagen die Van der Heijden nu in gijzeling heeft doorgebracht – anders had uitgepakt. Kortom, dat ongehuwd samenwonenden niet op eenzelfde familiaal verschoningsrecht aanspraak maken als gehuwden en geregistreerd partners, betekent niet dat het recht op *family life* zonder betekenis is wanneer zij gehouden worden een verklaring af te leggen, terwijl zij daardoor jegens hun partner en hun gezin in gewetensnood (dreigen te) komen.

Hiermee is niet gezegd dat de maximale gijzelingstermijn bij ongehuwd samenlevers nu op dertien dagen gesteld moet worden. In een toekomstig geval waarbij de verklaring van de desbetreffende getuige essentieel bewijs lijkt te zijn in een zeer ernstige strafzaak en waarbij de ongehuwd samenlevers geen (jonge) kinderen hebben, zou een langere vrijheidsbeneming niet bij voorbaat onacceptabel zijn. Maar in andere gevallen – bijvoorbeeld ten aanzien van lichtere misdrijven – is het verdedigbaar dat de afweging anders uitvalt en dat gijzeling in het geheel niet wordt toegestaan. Onder omstandigheden is het eveneens denkbaar dat, vanwege het recht op *family life*, de rechter de getuige toestaat om bepaalde vragen niet te beantwoorden tijdens een verhoor.¹¹

5. In zijn *concurring opinion* roept Costa staten zoals Nederland op om te reflecteren op de voor- en nadelen van een systeem waarin wordt gewerkt met een scherpe scheidslijn om uit te maken aan wie wel en niet het familiaal verschoningsrecht toekomt. Die oproep is er onmiskenbaar op gericht om vooral de nadelen van een dergelijk systeem nog eens goed onder ogen te zien. En daar valt het nodige voor te zeggen. Want hoeveel gewicht men ook aan het belang van rechtszekerheid toekent, de uitkomst in deze zaak laat, althans in onze ogen, zien dat de huidige wettelijke regeling onvoldoende aansluit op de maatschappelijke ontwikkelingen en daarom niet tot werkelijk bevredigende uitkomsten leidt. Een persoon die jaren geleden het geregistreerd partnerschap heeft opgezegd en de toenmalige partner nooit meer ziet, terwijl er ook geen kinderen in het spel zijn, mag zich ten aanzien van die ex-partner in iedere toekomstige strafzaak onttrekken van de getuigplicht. Een moeder van twee kinderen die zijn voortgekomen uit een langdurige en stabiele relatie, mag dit niet. Het doet dan toch enigszins vreemd aan om te lezen dat de Nederlandse overheid zich in deze zaak op het standpunt stelt dat het belang van de strafvervolgning duidelijk zwaarder weegt dan (‘clearly outweighed’) het recht op *family life* van Van der Heijden. Wanneer de overheid daadwerkelijk achter deze stelling staat, zou de consequentie moeten zijn dat die belangenafweging ook ten aanzien van geformaliseerde (ex-)relaties in het voordeel van de strafvervolgning uitvalt. Vanuit de gedachte dat ongehuwd samenleven

¹⁰ Zie de *concurring opinion* van Costa, die wordt bijgevalen door Hajiyev en Malinver.

¹¹ Vgl. artikel 293 lid 1 Sv. Zie hierover ook de noot van Fernhout onder de Van der Heijden-uitspraak van het Hof in ECHR 2012, 133.

in Nederland volstrekt geaccepteerd is, komt het ons voor dat er eigenlijk slechts twee keuzes te zijn: of afschaffing van het familiaal verschoningsrecht, of de toekenning van een familiaal verschoningsrecht dat zich niet beperkt tot geformaliseerde relaties.

Dat het loslaten van het onderscheid tussen geformaliseerde en niet-geformaliseerde relaties ertoe leidt dat ook ‘een duidelijke en werkbare begrenzing’ gedeeltelijk wordt losgelaten, valt niet te ontkennen. Er zal onvermijdelijk discussie ontstaan over de vraag hoe de grenzen dan moeten worden getrokken.¹² Dient een stel drie maanden of vijf jaar samen te zijn? Wat geldt als zij niet samenwonen, maar een LAT-relatie hebben? Moeten er – minderjarige – kinderen in het spel zijn? Dat zijn lastige vragen en een klip en klaar, allesomvattend antwoord laat zich niet geven. Niettemin zal er – naar het ons voorkomt – weinig discussie over bestaan dat Van der Heijden wel onder het familiaal verschoningsrecht zou (moeten) komen te vallen. Evenals dat een pas verliefd studentenkoppel die veelvuldig bij elkaar op de kamer verkeren, er niet onder zal vallen. In dergelijke gevallen kunnen meer rechtvaardige uitkomsten worden bereikt, zonder dat iets aan rechtszekerheid wordt ingeboet. Maar tussen die twee uitersten bestaat er inderdaad een grijs gebied.

Desondanks achten wij de kans dat er een onwerkbare situatie zal ontstaan voor de strafrechter, tamelijk klein. De strafrechter wordt wel vaker geconfronteerd met vaag geformuleerde normen. Het is dan vooral van belang dat de rechter daarbij een richtsnoer heeft, en dat wordt hem in dit geval geboden door het recht op *family life*. Of er in een concreet geval sprake is van *family life*, is een beslissing die in vele andere situaties zonder problemen aan de rechter wordt gelaten. Bovendien blijkt ook de wetgever er niet altijd voor te kiezen om met scherpe onderscheidingen te werken. In het kader van de recente uitbreiding van het spreekrecht is er bijvoorbeeld voor gekozen om het spreekrecht ook toe te kennen aan ‘personen die dat slachtoffer als behorende tot hun gezin verzorgen en opvoeden en in een nauwe en persoonlijke betrekking tot het kind staan’, terwijl het spreekrecht in geval van het overlijden van het slachtoffer ook toekomt aan ‘een andere levensgezel’ (dan de echtgenoot of geregistreerde partner).¹³ Al met al achten wij het argument van een ‘duidelijke en werkbare begrenzing’ van onvoldoende gewicht om een uitbreiding van het familiaal verschoningsrecht bij voorbaat af te wijzen.¹⁴

Wel onderkennen wij dat gezocht zal moeten worden naar alternatieve criteria. Daarvoor kan de praktijk in andere landen waar ongehuwd samenwonenden niet geheel buiten het bereik van het verschoningsrecht vallen, inspiratie bieden.¹⁵ Uit het rechtsvergelijkend onderzoek van het Hof blijkt immers, zoals reeds is aangestipt, dat Van der Heijden in niet minder dan 23 lidstaten een geslaagd beroep had kunnen doen op een verschoningsrecht.¹⁶ In negentien van die 23 lidstaten dient er bijvoorbeeld voordat er een geslaagd beroep gedaan kan worden op een verschoningsrecht, bewijs geleverd te worden voor de ‘marriage-like nature of the relationship’, waarbij gedacht moet worden aan de aanwezigheid van kinderen, financiële overeenkom-

12 Vgl. ook onderdeel 12 van de conclusie van A-G Vellinga voor HR 31 mei 2005, NJ 2005, 531 (m.nt. J. de Boer).

13 Zie de nieuwe, sinds 1 september 2012 geldende tekst van artikel 51e leden 2 en 4 Sv.

14 Meer waarde aan dat argument wordt gehecht door De Boer in zijn noot onder HR 31 mei 2005, NJ 2005, 531 en Fernhout in zijn noot onder de Van der Heijden-uitspraak, EHRC 2012, 133, al draait het er bij hen vooral om dat dit argument als voldoende rechtvaardiging voor een ongelijke behandeling kan worden beschouwd.

15 Zie r.o. 35 van het Hof, waarin wordt gesproken van ‘evidence of the existence of a bond similar to marriage, such as stable cohabitation or a child born of the relationship’.

16 Dat wordt ook nog eens onderstreept in de *joint dissenting opinions*.

sten of de duur van samenwonen.¹⁷ Wanneer het in 23 andere landen praktisch mogelijk blijkt te zijn, waarom dan niet in Nederland?

¹⁷ Zie r.o. 36 van het Hof.